

Terceira Seção

SAISINE E ASTREINTE

LUÍS CAMARGO PINTO DE CARVALHO

Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Não raro vemos pessoas que atuam profissionalmente no meio jurídico surpreenderem-se com algumas expressões em língua estrangeira que, não obstante pouco usadas, têm tráfico no nosso direito e não podem ser ignoradas. No direito comercial, por força da influência do direito anglo-americano, são muito utilizados os vocábulos *warrant*, *trust*, *leasing*, *know-how*, *franchising*, *factoring*, *holding*, *underwriter*, *joint venture*, *insider trading*, *disclosure*, *spread* etc.

Mas há expressões francesas que, embora de uso mais antigo, são menos conhecidas, como é o caso das *saisine* e *astreinte*.

A razão do emprego entre nós está no fato da influência das idéias propagadas pela Revolução Francesa e, em especial, pelo Código Civil francês, de 1804, conhecido como Código Napoleão,¹ uma das primeiras e a mais importante compilação legislativa do mundo

⁽¹⁾ Mais correto falar-se em *Código Napoleão* do que *Código de Napoleão*, com preposição, pois, publicado originalmente de 21.03.1804, com o nome de *Code Civil des Français*, recebeu posteriormente, por lei de 1807, o nome de *Code Napoléon*; retornou em 1814 ao nome primitivo, mas, finalmente, por Decreto de 1852, que nunca foi revogado, ficou restabelecido o nome *Code Napoléon*. Em França, prefere-se o emprego do nome *Code Civil* quando a referência é ao Código vigente, reservando-se a expressão *Code Napoléon* para designar o texto primitivo em oposição ao atual, em virtude das inúmeras modificações que aquele tem recebido. De qualquer sorte não se lê em obra jurídica francesa a expressão *Code de Napoléon*, sem embargo da participação efetiva deste em muitas das reuniões da comissão redatora e do Conselho, com ingerência efetiva nos capítulos relativos à família e sucessões.

ocidental moderno, que exerceu enorme influência sobre as leis civis da maioria dos países, não só do continente europeu, mas também da América Latina.² Essa influência somente veio ser abalada com o advento do Código Civil alemão, em 1896.

Saisine – O vocábulo *saisine*, numa tradução vulgar, a significar “posse de bens”, vem do verbo *saisir*, que dentre os seus vários sentidos tem o de apoderar-se (de um bem), que é o que mais se aproxima do que nos interessa.

Sua origem estaria no direito feudal.³ Etimologicamente, *saisir* vem da palavra latina *sacire*, contida em leis bárbaras, que por sua vez resultaria de duas palavras francas, **sakjan*, com o sentido de reivindicar, e **satjan*, com o sentido de pôr, colocar, apossar-se, tendo sido empregada pela primeira vez no ano de 1138.⁴

O *Petit Larousse* atribui-lhe significado estritamente jurídico: “Droit à la prise de possession de biens d’un défunt à l’instant même du décès et sans autorization préalable de justice (Ce droit est conféré par la loi aux héritiers ab intestat ou par le défunt à son exécuteur testamentaire)”.⁵

Pontes de Miranda a aportuguesa para a palavra *saisina* (*Tratado*, vol. 55, p. 16, § 5.587), registrada apenas pelo recém-publicado *Dicionário Houaiss*,⁶ que lhe dá o sentido técnico-jurídico: “direito de possuir por imperativo da lei, ou posse que o direito dá de forma diversa do ato de possuir [Expressão do direito feudal do século XIII]”.

O emprego da expressão *saisine* entre nós decorre de o seu conteúdo estar refletido no princípio contido no art. 1.572 do CC: “Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Essa regra está repetida no novo Código Civil, com pequena variação, no art. 1.784: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros, inclusive testamentários”.

(2) LEME, Lino. *Direito civil Comparado*. São Paulo: Ed. RT, 1962. p. 192-194; GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: p. 14; René David. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Lisboa: Ed. Meridiano, 1972. p. 73, n. 47.

(3) Esclarece o Prof. Caio Mario que, “Na Idade Media, institui-se a praxe de ser devolvida a posse dos bens, por morte do servo, ao seu senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento para autorizar a sua imissão. No propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo ao seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche*. Com efeito, no século XIII, a *saisine* era referida num *Aviso do Parlamento de Paris* como instituição vigente e os *établissements de St. Louis* lhe apontam a origem nos Costumes de Orleans” (*Instituições ... Sucessões*, 3. ed., Forense, vol. VI, p. 15). Baudry-Lacantinerie e Wahl, após afirmarem que a origem da *saisine* é bastante obscura, não se devendo atribuir-lhe origem romana, acham que a opinião que parece mais exata é aquela que vê a sua origem na reação contra os abusos feudais (*Traité théorique et pratique de droi civil*, vol. VII, *Des successions*, Paris, 1905, t. I, p. 102-105, n. 139 e 141).

(4) Albert Dauzat, Jean Dubois e Henri Mitterand, *Nouveau Dictionnaire Étymologique et Historique*, Larousse, 1971.

(5) Edição de 1968 (verb. *Saisine*, p. 832).

(6) *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, publicado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia, Rio de Janeiro, 2001. Observo que nenhum outro léxico, dentre os consultados, registra o vocábulo “saisina” (Caldas Aulete, Laudelino Freire, Silveira Bueno, Antenor Nascentes, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira). Nem o recém-publicado dicionário da Academia de Ciências de Lisboa.

Não divergem, antes são unânimes, os civilistas em emprestar ao dispositivo o mesmo alcance, ou seja, “a transmissão automática dos direitos, que compõem o patrimônio da herança, aos sucessores, legítimos ou não, com toda a propriedade, a posse, os direitos reais e os pessoais”.⁷

É do Prof. Washington de Barros Monteiro (*Direitos das sucessões*, 8. ed., Saraiva, p. 15) a seguinte lição:

“A existência da pessoa natural termina com a morte (CC, art. 10). Verificado esse evento, abre-se-lhe a sucessão. Desde o óbito, sem solução de continuidade, opera-se a transmissão da herança, ainda que os herdeiros ignorem o fato do falecimento. Antes da morte, o titular da relação jurídica é o *de cujus*; depois dela passa a ser o herdeiro, legítimo ou testamentário. E é o próprio defunto que investe o sucessor no domínio e posse dos bens hereditários. Esse princípio vem expresso na regra tradicional do direito gaulês *le mort saisit le vif*. Quer dizer, instantaneamente, independente de qualquer formalidade, logo que se abre a sucessão investe-se o herdeiro no domínio e posse dos bens constantes do acervo hereditário.”

Mais adiante, na mesma obra (p. 37), o pranteado mestre da Academia de São Paulo completa o seu pensamento e o sentido do texto legal: “... se houver necessidade de recorrer aos interditos possessórios, ao inventariante, a quem cabe representar a herança em juízo, ativa ou passivamente (Código de Processo Civil, art. 12, V), compete requerê-los. Todavia, o herdeiro tem qualidade para promover ação possessória relativa aos bens do espólio. É a conclusão que se extrai do confronto entre os arts. 634, 1.572 e 1.580, par. ún.,⁸ do CC”.

Maria Helena Diniz (*Curso ...*, Saraiva, 1983, 6.º vol., *Direito das sucessões*, p. 23), por sua vez, leciona: “O princípio da *saisine*, introduzido no direito português pelo Alvará de 1754,⁹ donde passou para o direito das sucessões pátrio, determina que a transmissão do domínio e da posse da herança ao herdeiro se dê no momento da morte do *de cujus* independentemente de quaisquer formalidades. Essa situação, expressa pelo brocardo *le mort saisit le vif*, encontra-se no art. 724 do CC francês, que dispõe: ‘Les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein droit de biens, droits et actions du défunt, sous l’obligation d’acquitter toutes les charges de la succession’. Na verdade, na transmissão da propriedade e da posse, o que se transfere é aquilo de que o *de cujus* era titular, bem como as dívidas do falecido, as pretensões e ações contra ele, porque a herança compreende o ativo e o passivo; logo, não é só a propriedade, no sentido estrito, que é transmitida aos herdeiros, mas também todos os direitos, pretensões, ações, exceções, de que era titular o defunto, se transmissíveis. A norma do art. 1.572 deve ser entendida com base no art. 496 do CC, que dispõe: ‘O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor, e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para efeitos legais’, uma vez que o

(7) Pontes de Miranda, op. e loc. citados.

(8) Corresponde ao art. 1.791 do novo CC.

(9) “Eu El-Rey (...) que, querendo evitar os inconvenientes que resultam de se tomarem posses dos bens das pessoas que falecem, por outras ordinariamente estranhas, e a que não pertence a propriedade delles: Sou servido ordenar que a posse civil, que os defuntos em sua vida houverem tido passe logo nos bens livres aos herdeiros escritos ou legítimos (...) A dita posse civil terá todos os efeitos de posse natural, sem que seja necessário que esta se tome; e havendo quem pretenda ter ação aos sobreditos bens, a poderá deduzir sobre a propriedade somente, e pelos meios competentes (...)” Este alvará está publicado na íntegra na obra do Prof. Silvio Rodrigues, *Direito das sucessões*, 21. ed., Saraiva, na nota de rodapé n. 9, no item n. 5, p. 14.

herdeiro se sub-roga, no que concerne à posse da herança, na situação desfrutada pelo *de cujus*. Assim, o que se transmite é o direito de continuar a posse do *de cujus*, de maneira que o herdeiro ou o legatário a adquira, por concessão legal, com os caracteres da posse anterior, tendo-se em vista o princípio geral sobre o caráter da posse, firmado no art. 492 do CC: ‘Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida’. Esta disposição legal contém uma presunção *juris tantum* no sentido de que a posse guarda o caráter de sua aquisição. Quer isso dizer que, se uma posse começou violenta, clandestina ou precária, presume-se ficar com esses mesmos vícios, que irão acompanhá-la nas mãos dos sucessores do adquirente. Do mesmo modo, se adquirida de boa ou de má-fé, entende-se que ela permanecerá assim mesmo, conservando essa qualificação. Se o *de cujus* era titular de uma posse justa e de boa fé, o seu herdeiro adquirirá posse justa e de boa-fé. Se a posse do falecido for injusta, injusta será a do seu sucessor. Isso é assim porque o art. 495 do CC reza: ‘A posse transmite-se com os mesmos caracteres aos herdeiros e legatários do possuidor’. Com a abertura da sucessão, o domínio e a posse da herança passam aos herdeiros sem que estes tenham necessidade de pedi-los ao magistrado, e passam nas condições em que os tinha o autor da herança (RT 464/242)”.

Na mesma obra, à p. 25, a ilustre professora da Universidade Católica completa o seu pensamento: “Os herdeiros, no mesmo instante do óbito do *de cujus*, adquirem a posse e a propriedade dos bens que constituem o acervo hereditário, sem necessidade de praticar qualquer ato ou de requerer ao magistrado a imissão na posse. Assim sendo, o herdeiro, seja ele legítimo ou testamentário, tem *legitimatio ad causam* para mover ou continuar as ações contra quem quer que traga prejuízo à sua posse ou ao seu domínio”.

Em decorrência desse princípio emprega-se a expressão *le mort saisit le vif*, que significa: “o morto dá posse ao vivo”. Sentença que também, com o mesmo sentido, existe em alemão: *der Tote erbt den Lebendigen*.

Astreinte – Nas obrigações de fazer e de não-fazer, podem as partes, como leciona o saudoso Mestre Orlando Gomes, adotar uma condenação acessória consistente em uma determinada multa que o executado deve pagar por dia de atraso no cumprimento da obrigação assumida, como medida de constrangimento indireto, conhecida como *astreinte* (*Obrigações* ..., 11. ed., Forense, n. 134, p. 183).

Esse vocábulo vem do verbo latino *adstringere* (ou *astringere*) (*adstringo, adstrinxi, adstrictum*), com o sentido de obrigar, sujeitar, apertar, constranger.

Embora os dicionários a traduzam por “constrangimento”, no direito pátrio é sempre empregada no original – *astreinte*.

As *astreintes*, de criação francesa e pretoriana, “correspondem”, segundo lição de Alcides Mendonça Lima, “a uma coação de caráter econômico, no sentido de influir no ânimo do devedor, psicologicamente, para que cumpra a prestação de que se está esquivando” (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 8, p. 353 – vb. *Astreintes*). Os Mazeaud definem-nas como uma condenação pecuniária fixada pelo juiz, tendo por fim vencer a resistência de um devedor recalcitrante e de conduzi-lo a cumprir a decisão judicial (*Leçons de droit civil – Obligations*, 4. ed., Ed. Montchrestien, p. 868).

No direito gaulês, são fixadas pelo juiz, “Lorsque le débiteur refuse d’exécuter son obligation, et lorsque cette obligation consiste en une prestation que cella d’une somme d’argent (...), les tribunaux emploient couramment, pour vaincre la résistance, le procédé suivant. Ils lui ordonnent d’exécuter dans un délai fixé, et le condamnent, pour le cas où il n’obéirait pas, à payer au créancier une certaine somme par jour de retard”, como esclarecem A. Colin e H. Capitant (*Cours élémentaire de droit civil français*, 4. ed., Dalloz, 1924, p. 33).

O caráter de pressão ou de intimidação sobre o devedor é bem realçado pelos juristas em geral, cumprindo trazer neste passo as colocações de Mazeaud, Savatier e Messineo a respeito. O primeiro afirma: “Ce procédé de pression est souvent utilisé par les tribunaux” (op. e loc. cit.). Acrescentando o segundo: “Celle-ci (a *astreinte*) consiste à condamner ce débiteur, – refusant la prestation qu’il doit, – à une somme d’argent destinée à l’intimider” (*La théorie des obligations*, 3. ed., Dalloz, 1974, p. 381).

O mestre peninsular, por sua vez, registra que “Se llama *conminatoria*, o *pena judicial* (la denominada *ejecución procesal indirecta*), la condena pecuniaria (en el derecho francés, *astreinte*), pronunciada por el juez, a razón de un tanto por día (a semana, o mes, o año) de retardo en el cumplimiento; esto, con la finalidad de *ejercitar una presión* sobre el deudor e inducirlo al cumplimiento de una *obligación de hacer* (o de *no-hacer*). El deudor es siempre libre de no-cumplir; pero sabe que, si no cumple, deberá sufrir la consecuencia antes señalada” (*Manual de derecho civil y comercial*, tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1955, t. IV, p. 343, § 119.9).

Em França, sofrem críticas contundentes de alguns autores, fundamentalmente porque, sendo uma criação pretoriana, as *astreintes* não têm base legal. No entanto, esses mesmos críticos reconhecem que “il est indiscutable que sa création, profondément ancrée dans nos mœurs judiciaires, a eu le plus heureux effet” (Alex Weill, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 1971, p. 809).¹⁰

No Brasil, as multas impostas judicialmente para coagir o devedor a cumprir as obrigações de fazer e não-fazer estão previstas nos arts. 287, 644 e 645 do CPC.

Deve-se deixar claro que, se do título já constar a prefixação da *astreinte*, basta ao credor pedir ao juiz a condenação do devedor no seu montante.

Caso, entretanto, o título seja omissivo a respeito, deve-se com fundamento nos dispositivos legais mencionados acima pedir ao juiz que a estabeleça, levando em consideração, na sua fixação, a condição financeira do devedor e a expressão econômica da obrigação (Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8. ed., Forense, vol. III, p. 187).

Aliás, o ilustre Cândido Rangel Dinamarco, comentando a modificação trazida aos arts. 644 e 645 do CPC pela Lei 8.953/94, esclarece: “A profunda remodelação por que passou a tutela específica das obrigações de fazer ou de não-fazer repercutiu *in executivis* mediante nova formulação que a Lei 8.953, de 13.12.1994, veio a dar aos arts. 644 e 645 do CPC. Constitui a síntese e lema dessa novidade o reforço das *astreintes*. Quis o legislador, visivelmente, revigorar o instituto e dotá-lo de maior eficácia para o combate aos notórios óbices à efetividade das decisões judiciais e das obrigações concertadas mediante títulos executivos extrajudiciais (óbices ilegítimos ao *acesso à justiça*). (...) O reforço do sistema de *astreintes* implantado pelo Código de Processo Civil em 1974 é o reconhecimento da valia psicológica desse meio de *execução indireta*, conforme expressa declaração contida na *justificativa* que acompanhou o projeto da Lei 8.953. Sabe o legislador que os meios de *pressão psicológica* são particularmente eficientes e capazes de proporcionar ao credor mais rapidamente a satisfação do seu direito, mediante a retirada da resistência do obrigado” (*A reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros, 1995, p. 241, n. 204).

⁽¹⁰⁾ Cumpre observar, todavia, que a uma lei gaulesa de 21.07.1949 deu caráter cominatório às *astreintes* fixadas pelos tribunais para obrigar a desocupação (*expulsion*) do ocupante de um imóvel (*local*), e limitou o seu montante à soma compensatória do prejuízo efetivamente causado, considerando as dificuldades do devedor em satisfazê-las.

Em tendo sido a *astreinte* fixada em contrato, deve o julgador respeitar a vontade das partes, cumprindo registrar que, por não se confundir com a multa moratória nem com a compensatória, não está sujeita ao limite do art. 920 do CC.

E nesse ponto a doutrina e a jurisprudência não discrepam.

O citado mestre gaúcho, Alcides Mendonça Lima, é enfático: “Exatamente uma das tipicidades das *astreintes* é poder ser ilimitada em confronto com o valor da obrigação insolvida, tanto que, com toda propriedade, Amílcar de Castro, cotejando os nossos dois sistemas, assevera: ‘Pelo art. 1.005 do Código anterior, a cominação pecuniária não podia exceder do valor da prestação, mas o novo Código, acompanhando o direito francês e o direito alemão, não marca o limite ao valor da *astreinte*: a soma cobrada é suscetível de aumento indefinido’ (op. e loc. cit.)”.

O E. TJSP, em aresto inserto na obra *Código Civil brasileiro interpretado pelos tribunais*, de Francisco César Pinheiro Rodrigues e Lair da Silva Loureiro Filho, Ed. Juarez de Oliveira, 1998, p. 579, decidiu: “Execução – Obrigação de fazer – Multa diária – Art. 644 do CPC – Pena pecuniária não limitada ao valor da obrigação, perdurando enquanto subsistir o inadimplemento do devedor – Ininvocabilidade do benefício do art. 920 do CC, por não se cuidar de cláusula penal – Sentença confirmada”.

O Segundo Tribunal de Alçada Civil, na ApCív 237.553-2, j. 14.04.1994, decidiu que “a multa diária de que trata o art. 644 do CPC destina-se a coagir moralmente o devedor a cumprir a sentença, não representando as perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação de fazer ou não fazer. Por isso não fica a multa restrita ao valor da obrigação, durando a coação enquanto subsistir o inadimplemento”.

Em breves considerações, aqui ficam registradas essas expressões que os operadores do direito não podem ignorar.